

**|LA FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO Y LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO**

**ALFREDO RAMÍREZ GARCÉS
NURY YASMIN GUTIERREZ VEGA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER TITULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ASESOR
DR. JOSE IGNACIO GUTIEREZ**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.**

2015

**LA FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO Y LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO**

**ALFREDO RAMÍREZ GARCÉS
NURY YASMIN GUTIERREZ VEGA**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.
2015**

Nota de Aceptación

Presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, D.C., Veinticinco (25) de Julio de Dos Mil Quince (2015).

DEDICATORIA

Este trabajo va dedicado a nuestros padres, quienes nos han apoyado, impulsado en todo momento, pilar de nuestra existencia y razón de ser, a nuestros docentes quienes han compartido su conocimiento y experiencia.

ALFREDO RAMÍREZ GARCÉZ
NURY YASMIN GUTIERREZ VEGA

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos al cuerpo de docentes de la especialización de Derecho administrativo de la Universidad la Gran Colombia, a las directivas, así como a los docentes del pregrado por las bases impartidas durante nuestro proceso de formación profesional.

CONTENIDO

	pág.
Resumen.....	7
Abstract.....	8
Introducción.....	9
Antecedentes.....	13
Evolución Histórica de la Responsabilidad del Estado.....	13
Evolución Histórica de la Responsabilidad del Estado,	13
Origen de la Responsabilidad Estatal en el caso colombiano.....	15
Aspectos generales de la responsabilidad patrimonial del estado,	17
Concepto de Responsabilidad, 19.....	17
Elementos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado,	19
Línea Jurisprudencial sobre la Responsabilidad del Estado,	22
Tipos de responsabilidad aplicable al estado en los casos de la prestación de los servicios de salud,	27
Responsabilidad Contractual,	27
Responsabilidad Extracontractual,	28
La falla en el servicio como teoría aplicada por el consejo de estado en la responsabilidad de estado en salud,	31
Régimen Subjetivo: Falla en el Servicio,	32
Falla Presunta del Servicio,.....	34
Falla Probada del Servicio,	37
Carga Dinámica de la Prueba,	38
Determinantes de la responsabilidad directa del estado bajo los presupuestos de la teoría de la falla en el servicio aplicables a la responsabilidad del estado en salud	
Establecimiento Constitucional de la Responsabilidad Directa del Estado Bajo los Presupuestos de la Falla del Servicio,	39
La Responsabilidad Médica en Colombia,	42
Conclusiones,.....	46
Bibliografía.....	49

RESUMEN

El documento trata el tema de la salud en Colombia como una materia que se encuentra bajo requerimientos moratorios respecto de la efectiva prestación de los servicios de salud; este derecho fundamental, según la Corte Constitucional, no ha sido plenamente materializado y es allí donde se genera la responsabilidad del Estado al momento de entrar a analizar su papel en el cumplimiento o no de las metas estatales, especialmente la no positiva prestación de dichos servicios; considerado esto, la responsabilidad que se le endilga al Estado deviene de la falla en el servicio, teoría que el Consejo de Estado ha desarrollado y que deja ver el alto grado de ineficacia acerca del derecho a la salud y su concreción.

ABSTRACT

The document deals with the subject the health in Colombia like a matter that is under moratorios requirements respect to the effective benefit of the services of health; this fundamental right, according to the Constitutional Court, totally has not been materialized and is there where the responsibility of the State at the time of entering is generated to analyze its paper in the fulfillment or not of the state goals, specially the nonpositive benefit of these services; considered this, the responsibility that him endilga to the State is happened of the fault in the service, theory that the Council of State has developed and that lets see the high degree of inefficiency about the right the health and its concretion.

Key words: Health, Social State of Right, responsibility, State, General System of Health, benefit, services, etc.

INTRODUCCIÓN

El Derecho a salud es una de las garantías más importantes para la existencia del ser humano, por cuanto a través de él se estructuran condiciones de vida precisas para la existencia. Es pues, uno de los factores que permiten al hombre establecer escenarios que participen en el logro de una vida proporcional a las exigencias que la condición de persona, a la vez erige la dignidad humana como punto de conexión esencial en dicha actividad. Luego de que se ha garantizado debe realizarse dentro de un marco jurídico que corresponde el Estado Social de Derecho, siempre con la idea de reforzar sus características y prestación.

En consecuencia, el derecho a la salud, con relación a los lineamientos constitucionales que le fueron asignados, eclosiona como un hito social en el trasegar del país y coopera en la consecución y realización de las metas estatales. Sin embargo, a partir de 1994, la salud en Colombia viene padeciendo distintos tipos de enfermedades que la someten al egoísta interés de una minoría y al direccionamiento que le imponen las políticas neoliberales. Por consiguiente, pensar en lo que ha sido y lo que es actualmente la salud en el país corresponde a una de las problemáticas más apremiantes y graves con las que se cuenta en estos momentos.

En efecto, lo atinente al derecho a la salud y su situación actual frente a la prestación de los servicios de salud permite desarrollar una visión un tanto preocupante, toda vez que su no efectiva materialización deja ver la gran crisis por la que se encuentra atravesando, así también evidencia la ausencia de políticas públicas idóneas, reales y efectivas que originen más y mejores condiciones de vida, lo que implica un incumplimiento del Estado y ello deriva en una marcada responsabilidad, particularmente cuando se observan las diferentes circunstancias en que por la falla del servicio no se garantiza.

Así, el mencionado derecho a la salud, al ser objeto de prestación por diferentes actores, adquiere un gran matiz la hora de determinar roles y circunstancias, en el marco de la órbita funcional del Estado y su correspondiente responsabilidad dentro del límite del Sistema General de Salud y Seguridad Social -en adelante SGSSS-. Efectivamente, desde su interpretación constitucional establecida en palabras del máximo juez constitucional, se ubica *per se*, al derecho a la salud como una garantía fundamental.

Teniendo en cuenta esa situación y con apoyo en la tesis utilizada por el Consejo de Estado respecto de la falla en el servicio y que ha sido el presupuesto bajo el cual se ha determinado la responsabilidad del Estado en los temas de salud, lógicamente siendo esta una responsabilidad que presenta una gran dificultad probatoria por la cantidad de actores y sus particularidades, muchas veces se diluye a grado tal que no se encuentran dolientes en la prestación y recursos derivados del sector salud, hasta el viraje hacia de una posición que podíamos llamar responsabilidad objetiva de los últimos años.

De hecho, la dificultad por la que atraviesa el derecho en comento es resultado, no de la falta absoluta de instrumentos legales, sino del posicionamiento de una concepción equivocada y poco social en la forma de abordarla. Por lo tanto, la posibilidad de tener en cuenta estos hechos permitiría identificar las debilidades y así enfilar las fuerzas a la causa primaria de los males que sufre la salud y observamos el número de sentencias sobre responsabilidad del Estado por falla en el servicio suman un gran número, es mayor el de fallas en la prestación del servicio.

Precisamente, la finalidad de este documento enfila sus baterías a realizar un revisión de la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud a sus asociados, ya que por mandato constitucional y reiteración de la jurisprudencia, este es un derecho fundamental y, aunque se encuentra prestado por particulares en gran medida, el Estado no escapa a su responsabilidad en dicha prestación, sin desconocer que él también actúa como directo prestador, ente generador, coordinador y fiscalizador

de las políticas que regulan la prestación y, más aún, cuando al discriminar en regímenes de salud el régimen contributivo realiza un aporte a la prestación del servicio y el subsidiado en su totalidad debe ser garantizado por el Estado.

Justamente, el presente trabajo encuentra su trascendencia en la actual situación de irrespeto a la prestación del derecho a la salud por parte del Estado como responsable directo e indirecto del servicio, de las políticas y control del sistema, máxime cuando la que rige demostró no ser efectiva a la hora de enfrentar los retos y situaciones particulares de la población en salud; pues, de la mano de una desviación de los principios rectores del SGSSS con la complicidad de las normatividades posteriores a su creación, ha llevado al sistema a una especie de “comercializador de la prestación”, olvidando el objeto de su creación, la salud y el bienestar de los asociados.

Por ende, en la aplicación de la falla en el servicio en salud y poniendo de presente que existen diferentes actores en los casos que atañen a la falla en el servicio en la prestación del mismo, se intenta probar dicha responsabilidad buscando la culpabilidad de los prestadores primarios y secundarios del servicio, fue el manejo por muchos años del Consejo de Estado, en los cuales se distorsionaba bajo la figura de responsabilidad subjetiva, sin lograr comprobar la omisión, retardo, irregularidad, insuficiencia o ausencia del servicio; que serían los elementos formativos de la responsabilidad objetiva del Estado.

En esas consideraciones vale plantear el siguiente problema: ¿Teniendo en cuenta la teoría de la falla en el servicio, cual es la responsabilidad directa del Estado en la prestación de los servicios de salud para con sus asociados? Pues bien, el Estado, a partir de los desafíos traídos por el advenimiento del Estado Social de Derecho, adquiere un mayor grado de responsabilidad para con sus incorporados y el derecho a la salud no escapa a ello, ya que gracias a la carta de derechos, este derecho pasó a ser de rango fundamental dotándolo de una mayor trascendencia en el ámbito jurídico, el Estado no

puede en ningún momento escapar a la responsabilidad de su prestación y garantía en el acceso de sus asociados.

Por tanto, es de resaltar que la organización estatal al ser garante de la prestación y prestadora en algunos casos, está inmersa en la responsabilidad directa de la prestación en salud de todos los colombianos. Tiene el Estado el ineludible compromiso de materializar el derecho a la salud en términos reales y evitar que el presupuesto de la responsabilidad estatal, en cabeza de la falla del servicio, siga creciendo y afectando el interés general.

Bajo ese contexto, este trabajo busca realizar un revisión de la evolución la responsabilidad objetiva del Estado en la prestación de los servicios de salud, en los casos en que la prestación de los servicios de salud no sea efectiva; conjuntamente, estudiar la falla en el servicio como teoría aplicada por el Consejo de Estado en la responsabilidad del Estado en salud y, por último, establecer los determinantes de la responsabilidad directa del Estado bajo los presupuestos de la teoría de la falla en el servicio, aplicables a la responsabilidad del Estado en salud. (Se eliminó parte del texto)

ANTECEDENTES

Evolución Histórica de la Responsabilidad del Estado

Para establecer claramente el tema de la responsabilidad patrimonial del aparato estatal se hace necesario identificar las diferentes etapas que han tenido lugar a lo largo del derecho administrativo en punto de lo aquí tratado. Así, atendiendo lo expresado en los diferentes textos jurídicos sobre este tipo de responsabilidad se encuentra que en primer lugar hay una etapa caracterizada por la irresponsabilidad del Estado; luego, surge en un segundo momento un hecho esencial en estos temas, la reconocida sentencia del fallo Blanco en la legislación francesa. Por último, se tiene lo que actualmente se conoce como responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En ese orden de ideas, la responsabilidad patrimonial del Estado, al decir de SÁNCHEZ MORÓN (2007: 895) “no siempre ha sido reconocida por el ordenamiento. Antes bien, ni siquiera en los albores del Estado de Derecho la legislación aborda este problema, en contraste con la regulación que la expropiación forzosa tiene en los primeros textos constitucionales de la época. En consecuencia, durante gran parte del siglo XIX no existe la posibilidad legal o real de reclamar una indemnización frente a la Administración, como tal, poder público, por daños derivados de alguna de sus actuaciones.

En el desarrollo de esta tesis que trae el citado autor SÁNCHEZ MORÓN, se observa concretamente el vacío absoluto que existía hasta mediados del siglo XIX, respecto de la reclamación de la obligación nacida para el Estado frente a hechos ocasionados por alguno de sus agentes, producto esto del gran poder que revestía a los reyes de los Estados absolutistas, imperaba lo que se conoce como “el poder divino de los reyes” lo cual implicaba la teoría que el rey no podía hacer el mal.

En ese mismo sentido, PENAGOS (2007: 893-894), citando al reconocido administrativista francés Jean Riveró, indica que “hasta el tercer cuarto del siglo XIX no hay lugar a hablar de responsabilidad; hay irresponsabilidad del Estado. (...) La respuesta fue al comienzo negativa: la irresponsabilidad de la potestad pública aparecía en la primera mitad del siglo XIX, como un corolario de la soberanía. (...) Después, la idea de la responsabilidad se va admitiendo progresiva y tímidamente, a título de excepción”.

Así, la irresponsabilidad del Estado es la hoja de ruta para las actuaciones de los agentes que representaban las monarquías, quienes gozaban de un inmenso poder a la hora de establecer las reglas entre las cuales se encontraba la recolección de los impuestos a la clase campesina y donde no se atendía, por parte de los soldados del rey, ninguna clase de trato humano a los semejantes. Sin embargo, a partir de los inicios de la segunda mitad del siglo XIX se dan las primeras luces que determinan la responsabilidad estatal por los abusos y extralimitaciones que sus servidores cometieren.

Seguidamente, acota PENAGOS (2007: 894), refiriéndose al profesor francés que: “La admisión de la responsabilidad del estado. Reconocida en primer término, fuera incluso de los casos en que un texto preciso la consagraba, para los actos llamados de gestión que no comprendían la soberanía del Estado, fue admitida en principio en la célebre sentencia Blanco (Confl, 1° de febrero de 1873, Gr. Ar., p. 5), que afirma: La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público..., no es ni general, ni absoluta; tiene sus reglas especiales”.

Es a partir del mencionado fallo Blanco que en el derecho administrativo francés se separa la legislación civil de la responsabilidad del Estado y se impregna de total independencia a cada una de ellas con base en las distintas particularidades que ambas presentan. Esto marcó un período importantísimo para el derecho administrativo

universal y constituyó las bases sobre las cuales se sostiene este campo jurídico, señalando así que el Estado deber responder por los daños causado por sus funcionarios.

Origen de la Responsabilidad Estatal en el caso colombiano

Observa el doctrinante MOLINA BETANCUR (2005: 82) que “para nadie es un secreto que la teoría de la responsabilidad del Estado haya tenido sus primeros arraigos en Colombia en los albores del siglo XIX, cuando el Estado liberal buscaba por todos los medios diferenciarse de aquel déspota e irresponsable que lo precedió. (...) Los vientos de cambio llegarán rápidamente a Colombia. Para nosotros ya es un avance considerable establecer la responsabilidad del Estado, así sea solamente en casos de guerra y de expropiación, cuando las luchas de independencia todavía no habían cesado y nuestra joven y débil República venía de constituirse.

Resume MOLINA BETANCUR que “podría afirmarse fácilmente que el origen de la responsabilidad extra-contractual del Estado en Colombia encuentra tal vez sus raíces más próximas en la misma fundación de la República de Bolívar. En efecto, desde el principio, la responsabilidad, atribuida al Estado por los daños que causa en su cotidiana actividad, se materializa rápidamente bajo la Constitución de Cúcuta de 1821 con el artículo 34 de la Ley 1 de julio de 1823”.

Colofón de lo anterior, el mismo MOLINA BETANCUR (2005: 104) afirma que los fundamentos constitucionales de la responsabilidad extra-contractual del Estado son hoy evidentes y sin contestación. El origen del Artículo 90 de la Constitución de 1991 se encuentra, sin lugar a duda, en el antiguo artículo 16 de la Constitución de 1886 que sirvió de base, primero a la Corte Suprema de Justicia, luego al Consejo de Estado, para construir lentamente los fundamentos jurisprudenciales de la responsabilidad extra-contractual del Estado”.

Asimismo, similar a la exposición del anterior autor, IRISARRI BOADA (2000: 48) afirma que existe “un primer período que comprende la jurisprudencia que sobre el tema produjo la Corte Suprema de Justicia, organismo a que tuvo la competencia general sobre estos temas hasta 1964, fecha en la cual comienza el segundo período en el cual se encuentra la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre dicho tema, el cual lo ha hecho hasta nuestros días”.

No obstante, en la historia reciente del país y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se consagró una trilogía en su articulado que es la columna vertebral de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, en virtud de los Artículos 6, 90 y 91 se dice, a nivel constitucional, que el Estado es responsable por aquellos actos que en cumplimiento de sus funciones cometan sus agentes siempre que con ellos se causen daños antijurídicos a los administrados, daños que no están obligados a soportar.

Expresa PENAGOS (2007: 898) que “la responsabilidad extracontractual del Estado se origina en el principio de no hacer daño a otro *Neminem Laedere*, principio que encuentra fundamento en la Constitución que en su artículo 1° consagra el principio de solidaridad al establecer que Colombia es un Estado Social de Derecho. (...) Principios que deben guardar armonía con el artículo 90 de la Constitución al preceptuar que el Estado debe responder ‘... patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En virtud de ese artículo, el Consejo de Estado ha desarrollado la teoría de la falla en el servicio para los casos en que ha condenado al Estado como responsable en la prestación del servicio y acceso a la salud; si bien la teoría es entendible, en la aplicación a los casos específicos, es donde se encuentra la discrepancia, lo que ha llevado a la exoneración de la responsabilidad Estado en muchos casos, hasta el cambio que se está gestando en los últimos años a una objetivación a la hora de probar dicha responsabilidad.

ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Concepto de Responsabilidad

El Estado en su condición de máxima organización jurídico-política busca la satisfacción del interés general y la implantación de circunstancias que devenguen en mejores escenarios de vida para sus asociados. Es así como a través de los objetivos estatales tiene a su cargo el cumplimiento de determinadas pautas que le generan un alto grado de responsabilidad al no lograr sus fines. Siendo ello así, este tipo de responsabilidad se enmarca dentro de la responsabilidad jurídica entendida esta como “la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrario al orden social” (ALESSANDRI: 1981: 26).

Precisamente, cuando ese incumplimiento de las entidades estatales en ejercicio de su actividad afecta las garantías fundamentales causando daños antijurídicos a las personas, se origina una responsabilidad para el Estado de resarcir esos. En consecuencia, el daño ocasionado en virtud de la actividad estatal es imputable al Estado en los eventos en los cuales se causa por un hecho o por una omisión de alguno de sus agentes, por lo que sigue que la responsabilidad derivada de un hecho u omisión de los servidores del Estado genera el compromiso extracontractual que refiere el Artículo 90 de la Carta Política, responsabilidad extracontractual que se asume como la “obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso” (MARTÍNEZ RAVE: 1988: 39).

El Consejo de Estado ha sostenido que la responsabilidad extracontractual del Estado es aquella en que se causa una lesión a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarla, cuando dicha lesión es fáctica y jurídicamente imputable a una autoridad pública. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 1° de Marzo de 2006, Expediente 13764, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez).

En otras palabras, todo ese derrotero que demarca la responsabilidad del Estado encuentra su más inmediato origen en el Artículo 90 de la Constitución de 1991, mandato que lo conmina a la obligación de atender, de manera patrimonial, todas las acciones que atenten contra los administrados en sus intereses, siempre que ese daño le sea imputable a aquel y que tengan como fuente de creación un movimiento inadecuado de las autoridades públicas bien sea por hacer, hacer mal o no hacer, es decir, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar.

Ahora bien, con base en la exigencia y planteamiento que trae el Artículo 90 de la norma superior cabe afirmar el carácter exclusivamente patrimonial de la responsabilidad del aparato estatal, habida cuenta que éste asume la posición de garante frente a la materialización de los derechos de sus habitantes y es allí donde se genera el tema de la responsabilidad extracontractual, en el sentido que es al Estado a quien corresponde el amparo y restauración de los derechos y garantías de los ciudadanos cuando a través de los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares.

De hecho, lo expuesto por CUETO PÉREZ (2006), al abordar el tema de la responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria implica que “la responsabilidad de la administración es directa, esto significa que los ciudadanos que han sido lesionados por la actuación de los poderes públicos podrán reclamar siempre frente a la Administración, tanto en los casos en los que la lesión se deba en abstracto a la actuación administrativa, como cuando la lesión se deba a personal al servicio de la administración.

En un escenario de similar complejidad, al considerar el régimen de responsabilidad del Estado por daños, no se puede perder de vista que la actual norma fundamental tiene un estricto sentido antropocéntrico, de lo que se colige que la

dignidad humana es su principal interés. A partir de allí, todos sus mandatos tienen la inexorable misión de convertirse en una realidad visible, por lo tanto, es de superlativo valor que por medio de la responsabilidad del Estado por falla en el servicio médico, se establezcan suficientes alternativas jurisprudenciales que denoten un contrarresto a los desmanes cometidos por los agentes del Estado.

Elementos de la Responsabilidad Estatal

Para HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ (2007: 33-261), “los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado se establecen analizando los siguientes elementos: (i) la existencia de un daño antijurídico; (ii) la imputación jurídica y fáctica; y (iii) el nexo causal entre el daño y la actuación de la Administración que generó la imputación”.

Lo anticipado demuestra que sin la existencia de alguno de estos tres elementos no puede hablarse entonces de responsabilidad del Estado, más si se tiene en cuenta que dicha responsabilidad se deriva de la obligación impajaritable que tiene el aparato estatal de proteger a los particulares en su vida, honra, bienes y demás derechos (Artículo 2 constitucional), por lo que es preciso decir que es la satisfacción del interés general es uno de los principales objetivos que tiene el Estado dentro de la órbita de sus fines y por medio de los servicios públicos es como, en determinada forma, cumple con sus deberes.

No obstante, sigue afirmando ESGUERRA PORTOCARRERO que “...en la práctica, sin embargo, no siempre se cumplen con estos deberes. Hay un sinnúmero de ocasiones en las que ellos se incumplen, en las que se cumplen defectuosamente o tardíamente. Si en tales eventos se genera como consecuencia un perjuicio a una o varias personas determinadas, y si de otra parte, la causa le es imputable al ente estatal, o alguno de sus órganos, establecimientos, agentes, o funcionarios, nos hallamos, en

términos generales, en presencia de una falla del servicio público o de una falta del mismo”.

Luego, clasificar estos tres elementos como los presupuestos sin los cuales no se predica la responsabilidad del Estado no es otra cosa que desarrollar la teoría que el daño ocasionado debe ser imputable al Estado por el actuar equivocado de sus agentes y como consecuencia de ello, ese daño debe ser contrario al ordenamiento jurídico y a la vez objeto de valoración económica como carga que debe soportar la entidad estatal que no actuó en la forma debida. Por lo tanto, se convierte esa trilogía en el fundamento y eje de la responsabilidad extracontractual.

Así también, es adecuado resaltar, al punto de la valoración económica del daño, que este debe ser un requisito *sine qua non* para poder predicar una responsabilidad del Estado, toda vez “no todo daño o perjuicio que los particulares sufran con ocasión de una actuación administrativa es indemnizable. La lesión (de sus derechos o intereses legítimos) sólo es resarcible si concurren los requisitos que establece la ley. En concreto debe tratarse de una lesión antijurídica, efectiva, evaluable económicamente e individualizada” (SÁNCHEZ MORÓN: 2007: 902).

Nada más acertado que la conceptualización anterior, es sin duda alguna así que el daño sufrido por los particulares no siempre es resarcible económicamente, sino que muchas veces se debe a una actuación administrativa que no genera efectos patrimoniales para el Estado. Hay casos donde se exonera al Estado atendiendo distintos aspectos como los que muestran la fuerza mayor y el caso fortuito, así también el hecho que refiere la culpa exclusiva de la víctima, situaciones estas que permiten implantar la idea que hay un accionar estatal que ocasiona un daño, pero se da como resultado de unos eximentes de responsabilidad y allí no se genera la obligación patrimonial del Estado.

Por ello, cierto es que el daño debe ser antijurídico y tiene que mostrar ciertas características que redunden en valoración económica e individualización. Por tanto,

dice ESGUERRA PORTOCARRERO (1972: 156-157) que “el daño o perjuicio es todo detrimento o menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, etc. (...) ha de ser cierto, es decir, aquel daño de cuya existencia se tiene certeza, o que es al menos tan verosímil, que el derecho debe tomarlo en consideración. No debe haber sido reparado y debe ser personal al demandante”.

Profundizando más en el tema de estos elementos, RODRÍGUEZ (2008: 505-506) acota que “para que la Administración sea responsable es necesario que la actuación desplegada produzca un daño, el cual debe reunir las siguientes características: i) debe ser cierto o real, en este sentido, el daño debe ser presente o futuro pero real, en la medida en que lesione un derecho de la persona que resulte perjudicada por la actuación de la Administración; ii) debe ser especial, lo cual implica que se haya visto afectada una persona en particular; iii) debe ser anormal, por lo que debe exceder el normal funcionamiento del servicio; y iv) debe relacionarse a una situación jurídicamente protegida y no ilegal. No obstante, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia el daño debe ser antijurídico, es decir, que la persona que padece por la actuación no tenga el deber jurídico de soportarla”.

En concordancia con lo expuesto respecto de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha dicho el supremo juez de la jurisdicción constitucional que “la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial, y se configura por la concurrencia de tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una actuación imputable al Estado y una relación de causalidad”. (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil).

Línea Jurisprudencial sobre la Responsabilidad del Estado

El Consejo de Estado ha elaborado una clara tendencia sobre la forma de abordar el tema en el cual el aparato estatal es el llamado a resarcir los daños antijurídicos y patrimoniales causados por sus agentes en ejercicio de sus funciones. Por ello es pertinente establecer un determinado número de creaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad extracontractual del Estado a fin de poder obtener mayor claridad a la hora de analizar el tema en cuestión.

Sin embargo, se aclara que ante la complejidad del tema no se pretende hacer un estudio exhaustivo, pero sí brindar mayor facilidad acerca de la posición jurisprudencial que ha ido tomando Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en cada etapa, entrada en vigencia la Constitución del 91, del actuar estatal y las implicaciones que tienen las actuaciones administrativas en los derechos de los particulares una vez son ejecutadas.

Es pues, a través de las posiciones adoptadas por el máximo juez administrativo que se dilucidan los rasgos propios de la obligación del Estado para con sus habitantes cuando estos son afectados en sus intereses, particularmente y para los efectos de este documento, en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios de salud. Indudablemente, el régimen de la responsabilidad estatal en Colombia, con el pasar de los años ha ido acogiendo la característica sembrada por la línea jurisprudencial dada por el Consejo de Estado, característica que refiere que el punto de apoyo de dicha responsabilidad descansa sobre el daño antijurídico.

De hecho, es sobre el daño que se ocasiona a los particulares y que estos no tienen el deber legal de aguantar, en que se cimienta el tema de la responsabilidad estatal; en palabras de GIL BOTERO (2003: 7), “actualmente, en Colombia la responsabilidad extracontractual del Estado se conceptúa y se fundamenta a partir del término *daño antijurídico*, que es el empleado en el artículo 90 de la Constitución

Política de Colombia”. A pesar de ello, conviene estructurar el camino mostrado por el Consejo de Estado en su jurisprudencia y así determinar cuál ha sido el recorrido.

En un principio, se dijo por la mencionada corporación “que la responsabilidad extra-contractual del Estado era desde 1991 una responsabilidad de tipo objetivo, por cuanto había desaparecido, en todos los casos, la necesidad de demostrar la existencia de una falla en el servicio. Este planteamiento se fundamenta en que el constituyente había aludido, expresamente, a la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal” (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 31 de Octubre de 1991, Expediente 6515.)

Esta construcción deja ver que desde los inicios de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, la falla en el servicio fue un concepto que no se tuvo en cuenta para establecer la responsabilidad del Estado, es más, dicha responsabilidad se endilgaba en cabeza de la presencia de un daño antijurídico que quien lo sufría no tenía el deber legal de soportarlo, entendido este daño, según TAMALLO JARAMILLO (1997: 32), como “aquel que el Estado, en ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar. O lo que es lo mismo: cuando el Estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable”.

Ciertamente, la función estatal se puede divisar desde ese cúmulo de preceptos legales que tienen entre sus actos urgentes el hecho de regular los deberes, derechos y situaciones que se presentan entre el Estado y los servidores, máxime cuando estos últimos tienen la obligación tanto moral como jurídica de cumplir con los fines esenciales de aquel y así materializar los mandatos constitucionales de una forma real, efectiva y seria. Así, se tenía que la responsabilidad por daño antijurídico denotaba un componente que la hacía una responsabilidad objetiva.

Años más tarde, aparecen determinadas sentencias que tratan el tema de la responsabilidad de una manera un tanto diferente. Así, no se tenía la falta o falla en el

servicio como un elemento sustancial de la responsabilidad del Estado, sino que se afirmaba que el daño antijurídico era excluyente de la misma.

VIDAL PERDOMO y OTROS (2005: 106) indican que “el Consejo de Estado termina sosteniendo, y esa es la jurisprudencia mayoritaria actual, que en el citado artículo 90 de la Constitución caben todos los regímenes de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia antes de la nueva Constitución; de forma tal que el artículo 90 de la Constitución introdujo un nuevo elemento de antijuridicidad en el análisis de la responsabilidad del Estado y permitió la repetición contra sus agentes que actuaron indebidamente, pero no por ello eliminó el régimen de la falla en el servicio”.

Dada esta situación, se desarrolla una idea donde la responsabilidad extracontractual no debía descansar exclusivamente en determinados regímenes, sino que el Artículo 90 superior incluye toda clase de ellos sin exclusión, así se tiende a decir que la culpa deja de ser el único sustento de la indemnización por el daño generado por los agentes del Estado.

“...En esta responsabilidad, la atención del constituyente no se fijó en el autor de la conducta causante del daño, sino en la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar la culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración el daño sufrido por el particular. La culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración”. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 26 de Noviembre de 1992, Expediente No. 7310, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta).

Sin embargo, más adelante enseña el Consejo de Estado, haciendo caso a lo establecido en el Artículo 90 de la Constitución, en el cual se afirman los distintos regímenes de responsabilidad aplicables al Estado, que “...decir daño antijurídico no

quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó”. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 25 de Febrero de 1993, Expediente No. 7742, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

Pues bien, importante anotación jurisprudencial la que hace el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto de la existencia de diferentes regímenes de responsabilidad imputables al Estado, lo que implica que la responsabilidad por falla en el servicio sigue latente y permite acentuar el tema probatorio y a quién le incumbe probar como una herramienta importante al momento de dividir compromisos.

Por su parte, como método para corroborar lo precontextualizado, afirma VIDAL PERDOMO que “en los últimos diez años se ha ido afianzando la jurisprudencia sobre la falla presunta, la cual había quedado relegada a ciertos casos particulares en 1992 en lo que presunción de culpa tenía que ver con operaciones complejas de policía, específicamente, las operaciones de terreno y también aquellas de responsabilidad médica”.

En efecto, aparece la teoría de la falla del servicio como influjo del compromiso del Estado de proporcionar a la comunidad los servicios públicos, y a través de la cual, toda afectación o ataque que sufran los derechos y garantías de los particulares con ocasión de la actividad estatal originado en irregularidades o deficiencias de esta, debe ser corregida y restaurada por la administración.

En concordancia con lo anterior, “la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha podido avanzar con mayor seguridad en la consolidación de los diferentes regímenes de responsabilidad, utilizando siempre el fundamento constitucional del artículo 90. Así, (...) la jurisprudencia administrativa ha podido avanzar en materia médica dejando en manos del juez la decisión sobre quién debe

asumir la carga probatoria, caso por caso, y no de forma automática en manos de la administración como se pretendió en 1992 para los casos de intervenciones quirúrgicas” (VIDAL PERDOMO: 2005: 107).

Desde luego que “la falla del servicio es el principal régimen de imputación de la responsabilidad extracontractual. Se comprueba por la existencia de un daño antijurídico y su relación de causalidad con la falla del servicio, la cual ‘consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada’”. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 11 de Mayo de 2006, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente 14400).

Así las cosas, resumiendo, se puede llegar a afirmar que en los inicios de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado estableció la tesis que la responsabilidad extracontractual del aparato estatal descansaba sobre el daño antijurídico y que tal daño era excluyente de la falla en el servicio, lo que hacía una responsabilidad objetiva. Posteriormente, se dijo en reiterada jurisprudencia que el daño obedecía a una conducta dolosa o culposa exclusivamente; sin embargo, se dijo más adelante que el presupuesto de la culpa no era el único.

Asimismo, se asienta la corriente que anota que hablar de daño antijurídico no es eliminar el término falla del servicio y mucho menos el de carga probatoria, por el contrario, estos deben entenderse como un conjunto que atendiendo las particularidades de cada caso se mira si se aplica uno u otro régimen. En ese orden de ideas, aparece la falla del servicio nuevamente y ello conlleva a establecer un régimen de responsabilidad extracontractual subjetiva.

Un viraje interesante en cuanto a la responsabilidad por prestación de servicios de salud se da el presente año con la sentencia en la cual el Consejo de Estado, que determina, que para el caso de infecciones nosocomiales no es perentorio el determinar culpa para endilgar la responsabilidad del Estado, lo que abre la puerta a otro tipo de responsabilidad, obviando el elemento subjetivo en ella. “La salud es un servicio público

a cargo del Estado, y es su obligación prestarlo con calidad, directamente o a través de particulares. El daño que se ocasione a las personas con ocasión de su prestación deviene en una responsabilidad estatal que puede generarse por una acción u omisión, como cuando el servicio es deficiente o inexistente; pero también cuando sin que exista Falla alguna, hay un daño, que en todo caso no tiene por qué asumir el paciente. Como se ha visto, la doctrina y la jurisprudencia especializada en el tema hablan en tales casos de responsabilidad objetiva, una de cuyas formas de expresión es el riesgo.”(CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B, Sentencia del 30 de Abril de 2014. Expediente 28214, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.)

TIPOS DE RESPONSABILIDAD APLICABLES AL ESTADO EN LOS CASOS DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Para poder asemejar claramente el o los tipos de responsabilidad imputables al Estado en virtud de una actuación administrativa que haya afectado algún derecho de los particulares respecto de los servicios de salud, es ineludible establecer cuál es el concepto de responsabilidad contractual y el de responsabilidad extracontractual. De suyo, la finalidad de estas definiciones corresponde al intento de diferenciar cuando el Estado compromete sus recursos en virtud a la existencia de un acto jurídico o no, pero que de todas formas implica un movimiento de la actividad estatal.

Responsabilidad Contractual

Cuando se habla de responsabilidad contractual necesariamente hay que remitirse a la existencia de un acto o negocio jurídico identificado como un contrato, luego, siendo así las cosas, ese contrato dentro de las múltiples disposiciones que ocasiona deriva en una equilibrada y muy significativa reciprocidad en las obligaciones entre las partes. Así, al tenor literal del Artículo 1602 del Código Civil, “todo contrato

legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales”.

De suerte que la responsabilidad contractual tiene un origen en el derecho privado, pero que a la vez demuestra la inevitable situación obligacional en que se ubican los contratantes una vez pacten o celebren el negocio jurídico del contrato. Sin embargo, “si bien hasta el año de 1962, la responsabilidad del Estado se fundamentó, por regla general, en las normas de la responsabilidad civil indirecta, lo cierto es que en múltiples ocasiones, a partir de la muy conocida sentencia de casación civil del 21 de Agosto de 1939, la Corte busco explicar el por qué del deber de indemnizar del Estado en principios de derecho público, esencialmente en la teoría del servicio público”. (NAVIA ARROYO: 2000: 217).

El texto anteriormente citado demuestra la relación que existe entre el derecho privado y el derecho público en los temas de la responsabilidad, es decir, el primero da origen a la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, en tratándose de esta última, se sitúa en el contrato celebrado entre una entidad del orden estatal y un particular, como por ejemplo, en el área de la salud los contratos que se pactan entre las EPS y los futuros usuarios de las mismas. En esa relación, la entidad prestadora del servicio se compromete a brindar un servicio médico eficiente y el particular a cancelar un aporte para tener acceso a la cobertura de servicios, en el régimen contributivo.

No obstante, para reafirmar lo anterior, la definición dada MARTÍNEZ RAVE da visos de facilidad al momento de analizarla, expresa el autor que “la responsabilidad contractual es aquella que nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención”. (1988: 12)

Responsabilidad Extracontractual

La responsabilidad extracontractual del Estado es uno de esos reconocimientos que las legislaciones han ido haciendo con el transcurrir del tiempo. Al respecto, esta responsabilidad puede encontrar, o encuentra su génesis en las proximidades de un acto o hecho legislativo, judicial o administrativo. Bajo estas consideraciones, es pues, esta responsabilidad, la que se origina no a partir de un contrato o convención, sino que es el resultado de la observancia de tres elementos, tales, un daño antijurídico, una acción u omisión de los agentes del Estado en ejercicio de sus funciones y un nexo causal entre el daño y la actuación administrativa.

Dada las condiciones descritas, PAREJO ALFONSO (2008) informa o enseña que “el surgimiento de la responsabilidad extracontractual depende, como regla general, de tres requisitos: 1° Ilegalidad del acto o la omisión; 2° Realidad del daño o perjuicio y 3° Existencia de una relación de causalidad entre el acto y el daño”.

No obstante, el núcleo de dicha responsabilidad viene dado por la puesta en marcha de la Carta Política de 1991 y, de manera especial, lo indicado por el Artículo 90 que allí se incorporó. Pues bien, regla dicho artículo que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

”En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Esta responsabilidad estatal está armada desde las características que denota el antes citado artículo, dentro de las cuales se encuentra que tiene que dar asomo de poder ser imputable a las esferas del Estado, ocasionar un daño y se puede ejercer la acción de repetición establecida en la Ley 678 de 2001. Dicha acción consiste en que el Estado direcciona sus esfuerzos hacia ese funcionario que con su actuar errado, tardío o nulo ha originado un daño a un particular, daño que ninguna persona tiene el deber legal de

aguantar; en ese aspecto, el detrimento patrimonial sufrido por el Estado debe ser repuesto con el patrimonio del agente oficial que demostró no actuar como debía.

Por ello, es importante tener en cuenta que se debe restaurar al particular dañado en sus intereses, para luego proceder al efectivo amparo de sus derechos. Así las cosas, la reparación va más allá de lo económico y registra la necesidad de ser integral, pues en ella se deben incluir los bienes como la dignidad y los derechos humanos, que al ser lesionados por el Estado deben ser reparados mediante su compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas

El Estado en marco de responsabilidad, responde entonces tanto por sus funcionarios, como por el sistema en general, el servicio público que presta a sus administrados puede ser normal o anormal, mientras se demuestre una lesión resarcible, la cual es indispensable a la hora de realizar las reclamaciones administrativas de esta índole.

Una vez demostrado la concurrencia de estos dos aspectos, aunque sea un agente particular que cumpla las funciones del Estado en la prestación del servicio, podemos decir que la responsabilidad le atañe a la organización jurídico-política que conforma el andar estatal, situación que en la práctica jurídica no se lleva a cabo, pues si evocamos el Código Sustantivo del trabajo este relata, los conflictos que deriven de la seguridad social serán competencia de la jurisdicción laboral, sumado a esto el nuevo código general del proceso que establece que los proceso de responsabilidad medica serán competencia de los jueces civiles, de ser aplicada la responsabilidad del Estado por la prestación que realizan los particulares en su nombre, solo serían de un ámbito diferente al administrativo, las responsabilidades derivadas de prestaciones de médicos particulares, y ni aun así, pues el Estado es el responsable de la habilitación y por ende de “certificar” que estos cumplan con los mínimos estándares de calidad en la prestación del servicio de salud.

LA FALLA EN EL SERVICIO COMO TEORÍA APLICADA POR EL CONSEJO DE ESTADO EN LA RESPONSABILIDAD DE ESTADO EN SALUD

Tratando de buscar la forma como el máximo juez en materia contencioso administrativa ha abordado la responsabilidad médica de las entidades públicas que prestan sus servicios de salud, se tiene que el Consejo de Estado ha elaborado una teoría sobre la cual trabaja dicha responsabilidad, se habla de la teoría del régimen de la falla en el servicio médico. Justamente, esta tesis supone que en razón a una actuación o una omisión en la actividad médica de las entidades del aparato estatal se ocasionan daños antijurídicos a las personas o la sociedad.

Así las cosas, la falla en el servicio médico viene conformada por una subdivisión que la hace asimilar como dependiente del aspecto probatorio, es decir, si la carga probatoria recae en la entidad estatal se está frente a una responsabilidad extracontractual por falla presunta en el servicio médico y ello implica que siempre la entidad hospitalaria estará limitada por la presunción que indica que falló en su actuar profesional. De otro lado, si dicho peso probatorio se radica en cabeza del accionante, entonces, la responsabilidad se fundamenta en una falla probada del servicio.

En este orden argumentativo, a continuación se describen las distintas envolturas en que se enmarcan tanto la falla en el servicio como la presunta y la probada. Para ello se tiene como base la línea que ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, línea en la cual se reafirma que en los inicios de dicha corporación, la responsabilidad médica estatal se fijaba en una responsabilidad probada y con el pasar del tiempo se encuadró en la presunción de culpa de la entidad hospitalaria; posteriormente se dijo que era el juez quien determinaba la responsabilidad atendiendo el novedoso concepto de la “carga dinámica de la prueba”.

Régimen Subjetivo: Falla en el Servicio

La responsabilidad extracontractual por falla en el servicio encuentra sus fundamentos dentro del marco que le impone el tema de la responsabilidad subjetiva, es decir, responde a la forma como ha actuado el funcionario o entidad pública, siempre teniendo en cuenta la forma dolosa o culposa con que se hayan asumido las funciones que derivaron en el daño a un particular. Así, para poder establecer una falla en el servicio es imperativa la coexistencia de tres elementos, a saber, el actuar doloso o culposo, un daño imputable al Estado y una relación de causalidad entre el daño y el accionar que lo genera.

Bajo esas consideraciones, una vez acaecidos dichos elementos se pregona la existencia de una carga obligatoria para el Estado de resarcir el daño que por medio de una actuación administrativa se ha ocasionado a una persona. En otras palabras, una vez se sucede esta trilogía de presupuestos, se pregona la subjetividad de la responsabilidad del Estado y ello se refleja en una falla del servicio. Entonces habría que decir que la responsabilidad extracontractual es la que se deriva no de una transgresión a las cargas propias que se originan en virtud de un acto o negocio jurídico, es decir, una obligación contractual, sino que es el producto de una conducta desplegada por los órganos del Estado sin atender los deberes creados por un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado.

En esa misma línea, observa ESGUERRA PORTOCARRERO (1972: 145) que los presupuestos o elementos de esta responsabilidad son: “a) un hecho, operación u omisión constitutivo de falla del servicio; b) un daño o perjuicio patrimonial; c) una relación de causalidad entre el primero y el segundo, es decir, entre la falla y el perjuicio”. Así, es claro que el edificio de la responsabilidad estatal se compone de una actuación administrativa omisiva o activa, un daño debido a esa actuación y un nexo de causalidad entre ambas; de lo contrario se dice que no habría lugar a una responsabilidad del Estado frente al daño sufrido por el particular.

Pero no siempre que ocurra un daño es por expreso incumplimiento de los agentes del Estado, ya que en muchos casos estos hacen uso de todos los medios con que cuentan para contrarrestar el sufrimiento de los particulares y no logran su cometido, pero queda en el ambiente que los funcionarios o el ente estatal fueron diligentes a la hora de cumplir con su actividad. Otra cosa es que, de acuerdo con criterios normativos, y no estrictamente ontológicos, el daño merezca ser imputado a la Administración.

Al respecto, “al Estado se le exige la utilización adecuada de todos los medios con que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Luego, para cada caso en que se analice una falla del servicio, hay que tener en cuenta las circunstancias que rodearon la producción del daño que reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo”. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 18 de Octubre de 2007, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 15528).

Colofón de lo anterior, una vez observadas las propiedades de cada caso en particular y habiendo establecido la ocurrencia de la falta en el servicio, puede determinarse concretamente su incidencia en el daño y así mismo edificar la idea de su alcance, sus consecuencias y real afectación con el propósito de mirar si a través de él puede llegar a hablarse de la responsabilidad. Con todo, la falla del servicio debe consistir especialmente en la inobservancia total o imperfecto cumplimiento por parte del Estado, de una de sus obligaciones consagradas constitucional y legalmente. Dicho incumplimiento se manifiesta por medio de una actuación administrativa, actuación que trae consigo un daño a un particular o a un conglomerado social.

Luego, es función clara, concreta y precisa del Consejo de Estado, con arreglo al acervo probatorio, determinar la dificultad y dimensión que se ha desplegado con la

actuación administrativa y establecer si ese accionar o ese actuar omisivo estatal reviste las características de un movimiento que ha ocasionado un daño tal que el Estado deba repararlo en virtud que fue generado por sus agentes en cumplimiento de sus funciones.

No obstante que la falla del servicio encuentra sus razones de existencia ya sea en una acción u una omisión en cuanto a la actividad del Estado se refiere, ya que muchas veces la administración entra en el ejercicio de actuaciones que trastocan con la esencia del deber estatal de satisfacer las necesidades de sus habitantes y en otras, en cambio, no se hace nada para ello, lo que determina una clara y enorme omisión el deber que tanto constitucional y legalmente se ha diseñado como giro ordinario de las funciones del Estado.

Así pues que “en cuanto a la falla del servicio por omisión, esta se configura cuando existe una actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar los medios que tenía a su alcance, con conocimiento previo (previsible) para repeler”. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 18 de Marzo de 2004, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Expediente 13318).

Falla Presunta del Servicio

Iniciada la década de los noventa, el máximo Tribunal de lo Contencioso en Colombia comenzó a utilizar la teoría de la falla presunta del servicio en el campo médico-quirúrgico. Así lo ha fijado la jurisprudencia al decir: “Una segunda precisión viene dada por la necesidad de aclarar que la aplicación de la falla presunta a un caso, no lo hace *per se* de responsabilidad objetiva, sino que aun siendo justificable bajo el sistema de responsabilidad subjetiva entra a caracterizarse porque no corresponde al accionante acreditar la falla, sino que al accionado probar la diligencia y cuidado debido”. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 16 de Agosto de 2006, Radicado No. 14838, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez).

Por tanto, cuando se origina un insuceso médico que vulnera derechos de los particulares y en tratándose de la responsabilidad de la entidad estatal o del profesional de la salud, se tiene la inexorable obligación por parte del afectado, de acreditar la ocurrencia de la trilogía que conforma el edificio de la responsabilidad. Luego, como es de lógica interpretación, una vez que se ha logrado dicha confirmación y que claramente se pueda observar la falta del Estado en titularidad del agente que atiende el problema médico, éste tiene que ser declarado responsable del actuar equivocado, tardío o inexistente respecto de su accionar profesional.

RIVADENEIRA BERMÚDEZ (2008: 77) señala que “al hablar de presunción de falla se está indicando que el demandante no tiene que acreditar la deficiencia del demandado en la causación del daño. Esto es, el actor queda relevado de la actividad de probar que la autoridad demandada no actuó, actuó irregularmente, o lo hizo bien pero de manera tardía, sin que ello quiera decir que no deba alegarlo”.

Precisamente, “en los casos de responsabilidad médica, y debido a los especiales conocimientos científicos y técnicos que tienen los profesionales de la salud y las entidades prestadoras de servicios públicos de salud, son ellos quienes estarán en mejor posición de probar que obraron con diligencia y cuidado y establece una presunción jurisprudencial en su contra: la presunción de la falla (culpa)” (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 30 de Junio de 1992, Expediente 6897, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández).

En el mismo orden, RIVADENEIRA BERMÚDEZ (2008: 77) conforme a lo planteado por la jurisprudencia, indica que “(...) la presunción tiene que ver con aspecto procedimental que surge para el damnificado de probar la falla frente a ciertas actividades que han venido complicándose por las circunstancias o por la ciencia que implican, razón por la cual la jurisprudencia razonablemente la presume, no porque normalmente se espere que ocurra la responsabilidad, sino porque la prueba está más

que próxima al demandado, a quien le corresponderá entonces demostrar que dicha falla no existió”.

Siendo la anterior determinación, es claro entonces el compromiso que le asiste al Estado, representado por la entidad oficial y sus funcionarios, de probar que su actuar no dio cabida a los presupuestos de la culpa y que no se puede hablar de responsabilidad por la prestación de servicios de salud. De hecho, el punto de partida es la acogida de la tesis que refiere de la presunción que el centro médico estatal, o el mismo servidor público profesional de la salud, no ejerció su actividad conforme al camino constitucional y legal y que falló en la prestación del servicio y por lo tanto, en razón a sus conocimientos y posibilidades debe acreditar diligencia y cuidado.

Lo anterior no es otra cosa que nivelar las cargas en la relación que se suscita entre la entidad o funcionario público y el particular que acude solicitando sus servicios médicos y que se ve afectado en sus intereses y garantías; es algo así como lo que en materia laboral se conoce como *in dubio pro operario*, que consiste en que cuando hayan serios aspectos no revestidos de certeza en el debate procesal a raíz de la relación de trabajo con respecto a los reclamos efectuados o las imputaciones alegadas por el empleado, el juez deberá decidir la cuestión en la forma más favorable a la parte más débil de la relación contractual: el trabajador.

En otro escenario de similar complejidad, ocasionado un daño a una particular en su vida, salud e integridad física por motivo de la intervención de una entidad pública en un proceso médico, debe reclamarse, siempre que coexistan los elementos para ello, la responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio bajo la falla presunta y el camino procesal es la acción de reparación directa. Esta reparación directa viene dada por el Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo: “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”.

Según SAAVEDRA BECERRA (2003: 317), “el Consejo de Estado rechaza por tanto, en este litigio, el régimen de falla del servicio presunta, de lo cual se deduce que dicho régimen no es aplicable en la totalidad de los eventos de responsabilidad por daños causados en la prestación del servicio de salud. La consecuencia es que corresponderá al juez determinar en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar la falla (...), con lo cual el traslado de la carga probatoria será no ya una regla de derecho común sino un episodio eventual.”

Falla Probada del Servicio

Contrario a lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la falla presunta del servicio, en la falla probada del mismo se tiene que quien alega sufrir un daño antijurídico por una actuación administrativa en temas de salud es quien tiene la carga de probar la existencia de los factores que determinan la responsabilidad del Estado, es decir, el hecho culposo, el daño antijurídico y la relación de causalidad entre los dos primeros.

Es pues esta clase de responsabilidad un compromiso que implica para el accionante el manejo de los recursos probatorios con que cuente para fundamentar su petición. Así, es de su incumbencia relacionar todos los aspectos que tiendan a dejar en evidencia la actitud de la entidad estatal o uno de sus funcionarios, actitud que debe demostrar una violación al deber objetivo de cuidado y es allí donde se tiene que hay responsabilidad del Estado por falla probada en el servicio médico.

Inmediatamente, dado el caso que no se pruebe la falla de la institución médica estatal y que no se ha llevado un grado de certeza tal al juzgador por parte del demandante, o lo que es lo mismo, cuando el actor no prueba la falla de la entidad, ésta no tiene por qué ser declarada responsable médicamente y en consecuencia deberá ser librada de los cargos que desde el punto de vista del paciente le son imputables.

Al respecto, ha dicho el CONSEJO DE ESTADO que “(...) el régimen procedente es el de la falla probada, conforma al cual recae en el demandante la carga de probar no sólo el daño antijurídico por el que reclama, sino también que el mismo se produjo a causa de la actuación u omisión estatal –nexo causal-, y que esta actuación u omisión constituyeron una falla del servicio”. (Sentencia del 30 de Junio de 1992, Expediente 6897, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández).

Carga Dinámica de la Prueba

Como es conocido ya, en cualquier ordenamiento jurídico, lo cual también hace mención al colombiano, toda contienda procesal se resuelve con arreglo al compendio de pruebas que oportuna y regularmente se alleguen al proceso. Se tiene entonces, para el proceso judicial en Colombia, que el Código de Procedimiento Civil en su Título XIII relaciona lo pertinente al tema probatorio y regla en su Artículo 174 que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”; asimismo, el Artículo 177 anota lo siguiente: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas consagran”.

En punto de lo antes descrito, la jurisdicción civil tiene claramente identificados los principios generales a los que se somete la prueba, sin embargo, la legislación de lo contencioso administrativa también los tiene como suyos atendiendo sus característica de principios generales del proceso. Pero resulta que cuando en los procesos administrativos no haya suficiente material para tal fin, el Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala que “en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

En ese sentido, el tema de la carga prueba denota una obligación para las partes de probar su dicho. Particularmente, en lo que a la responsabilidad extracontractual del

Estado se refiere, la carga probatoria se establece para el demandado en la falla presunta del servicio y para el demandante en la falla probada del mismo. Por consiguiente, el concepto de “carga dinámica de la prueba” hace mención a que habrá realidades en las que es el sufrido quien está mejor ubicado procesalmente para corroborar su petición y decirle al juez que la actuación de la entidad respectiva fue dañosa. La generalidad es que quien debe probar es la entidad con base en su oficio y en sus recursos.

Esta posición ha sido reiterada por el Consejo de Estado en su jurisprudencia (Ver Sentencia del 30 de Junio de 1992, Expediente 6897, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández) y afirma que en temas de responsabilidad médica en atención a los especiales conocimientos científicos y técnicos que tienen los profesionales de la salud y las entidades prestadoras de servicios públicos de salud, son ellos quienes estarán en mejor posición de probar que obraron con diligencia y cuidado. Allí está, inexcusablemente el dinamismo de las cargas.

DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO BAJO LOS PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA FALLA EN EL SERVICIO APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN SALUD

Establecimiento Constitucional de la Responsabilidad Directa del Estado Bajo los Presupuestos de la Falla del Servicio

El texto constitucional ha demarcado el camino que debe recorrer cualquier norma que se expida con posterioridad a él, así, para el campo de la responsabilidad del Estado se encuentra que existen varias disposiciones de orden superior que tratan su esencia. En efecto, a través del Artículo 1 se anota que “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el

respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Con base en ello, la responsabilidad del Estado muestra una columna vertebral donde la dignidad humana y el interés general son los puntos más fuertes que la relacionan. De hecho, la filosofía del Estado Social de Derecho conlleva a mirar las instituciones del organismo estatal de tal manera que ellas tengan el inexorable compromiso de manifestar escenarios idóneos para que las personas puedan vivir cómodamente. Ciertamente, a nivel constitucional se determina, por medio de la dignidad humana y el interés general, la prohibición que se hace al Estado de dañar a los particulares y, por el contrario, debe protegerlos en su vida, bienes, honra, libertades, etc., según el Artículo 2.

De otro lado, el gravamen que le asiste al Estado por su mal funcionamiento respecto de sus trabajadores comienza a tener forma a partir de la tesis que trae el Artículo 6 constitucional cuando regla que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Es pues esta disposición un abre bocas al tema de la responsabilidad estatal y reafirma la tesis que es al aparato del Estado a quien no tiene por qué permitírsele causar perjuicios, y dado el caso que ocurra, tiene el deber jurídico de repararlos. Puesta esa circunstancia y con fundamento en los elementos de la responsabilidad extracontractual, al Estado no le queda otra opción que contrarrestar, con sus mismas instituciones, aquellas conductas cometidas por sus agentes en pleno desarrollo de su labor como servidores públicos, luego, la jurisprudencia del Consejo de Estado se establece en orden a mitigar los daños ocasionados en dichos acontecimientos.

Efectivamente, dentro del régimen de la responsabilidad subjetiva, es decir, la que tiene su asiento en la falla del servicio y la violación al deber objetivo de cuidado, es

a la luz del Artículo 90 de la Constitución Política que deben analizarse sus pormenores y por medio de su mandato establecer las particularidades del caso en concreto. Por lo menos, el superior jerárquico de lo contencioso administrativo ha resuelto innumerables casos teniendo siempre presente el marco jurídico constitucional que se ha dado para la responsabilidad extracontractual del Estado.

En la sentencia del 31 de Octubre de 1991, mediante la que se decidió un debate en el que se solicitaba indemnización de los perjuicios sufridos por una familia que viajaba por carretera y al desprenderse una piedra de la montaña que se introdujo por el parabrisas del carro causó daños físicos a sus ocupantes. Adopta el Consejo de Estado la teoría de la responsabilidad con base en la lesión y no por la falla en el servicio, pero aclara que de todas formas el mandato del Artículo 90 superior permite la existencia de esa imputación.

En otra reiteración jurisprudencial, expediente 11169 de 1999, trata el tema de la responsabilidad del Estado por actividades de las entidades oficiales. Allí, hace un análisis detallado de la situación y afirma que lo que importa en estos casos es la comprobación del nexo causal y la implementación del concepto que la obligación del personal médico es de medios y no de resultado. Sin embargo, se indica que “el médico como deudor de la prestación asistencial, es quien debe demostrar, ante el incumplimiento y el daño, que se presumen de origen culposo, la causalidad fortuita o casual; o sea que el daño en la salud –que es el resultado opuesto al prometido- le es ajeno, como imprevisible derivación del hecho médico”.

Sin duda, lo que plantea la jurisprudencia del Consejo de Estado, teniendo en cuenta las diferentes aristas propias de la complejidad jurídica contenida en el Artículo 90 de la norma fundamental, no es más que la afirmación de la ardua tarea que le corresponde al juez al momento de valorar situaciones donde se encuentran comprometidas tanto la imagen como los recursos del erario, pero que a pesar de ello, el orden constitucional impone una férrea carga de dar estricto cumplimiento a las metas

del Estado, lo que determina la satisfacción del interés general y la exaltación de la dignidad humana.

La Responsabilidad por la Prestación de Servicios de Salud en Colombia

En términos generales, la responsabilidad por la prestación de servicios de salud no deja de ser un extenso y delicado terreno para los intereses del Estado y de los particulares mismos. Esta actividad supone un compromiso enorme para quienes la desarrollan, pero también les hace saber la gran importancia que tiene el hecho de realizar una tarea al borde del abismo en cuanto a que tienen en sus manos la salud de las personas.

Afirma RUIZ (2007: 1), “la medicina conlleva una enorme responsabilidad que surge de las características que engloban su práctica, por ello existe un concepto básico y es que todo procedimiento, ya sea terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico, tiene asociado un riesgo para el paciente, representado en que las acciones del médico le pueden producir algún daño o secuela psíquica o física. Este riesgo, que es soportado por el enfermo y debe ser asumido por el galeno o practicante, obviamente tiene unas implicaciones legales, dado que el afectado puede recurrir a la justicia en caso de sentirse perjudicado”.

No obstante el reconocimiento del riesgo propio de la actividad que desempeñan los profesionales de la salud, hay que decir que a través de ellas también pueden brindarse estándares para que las personas gocen de una vida sana y terminen con aquellas circunstancias que no le permiten estar a plenitud. Así las cosas, el ejercicio de la destreza médica implica el recogimiento de un mundo de realidades determinantes en las sociedades de hoy en día.

En virtud a esas argumentaciones, los profesionales de la salud están sometidos a distintos regímenes que, habida de la importancia del derecho que se somete a sus

manos, comportan un grado de responsabilidad cuando su actuar no se lleva conforme a la ética médica y a los lineamientos jurídico que para tal fin se han propuestos. Por tanto, son los servidores oficiales de la salud en Colombia una de esas comunidades que con su habilidad alcanzan a materializar las metas del Estado, se habla entonces, de personas que poseen algún vínculo con una entidad hospitalaria pública y que contribuyen a la construcción de país, siempre que den con una labor eficiente.

Adempero, existen situaciones en que ese cumplimiento eficaz se ve truncado por motivos que en unos casos son imputables al funcionario médico oficial y ello envuelve un gravamen patrimonial para el Estado. Luego, aquí entra a jugar el concepto de carga dinámica de la prueba y esta se traslada a la entidad estatal con funciones médicas y es a ella quien le corresponde probar que en ocasiones su mala gestión se da en atención a factores externos a su voluntad, como un caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, pero que si se utilizaron todos los medios adecuados para evitar la generación del perjuicio antijurídico que sufre el paciente.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado que “no es dable exigir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infabilidad, pues de lo contrario, todas las complicaciones posibles que surjan dentro del vínculo médico-paciente serían imputables a los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado es consecuencia de un acto negligente o descuidado que no se ciñó a las reglas o postulados de la profesión, teniendo en cuenta, claro está, las circunstancias específicas de cada caso en particular”. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 16 de Julio de 2008. Expediente 16775, Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar).

Pero en el caso del profesional de la salud de una entidad del Estado que tiene que realizar una intervención quirúrgica de una persona en razón a una afectación en uno de sus pulmones; pues bien, resulta que el órgano a intervenir era el izquierdo y fue operado en su lugar el derecho. Lógicamente que el paciente, aparte de seguir con el

problema primigenio en su salud, ahora le toca soportar las consecuencias de un error de procedimiento médico que lo afectó en su integridad física, en su vida, en la economía, etc. Allí, se demuestra un enorme ataque al deber objetivo de cuidado y ello repercute en una clara e inobjetable responsabilidad extracontractual del Estado por una falla presunta en el servicio médico con procedimiento quirúrgico.

Seguidamente, el error cometido es un tanto difícil de explicar y de entender, máxime cuando el paciente ve aminorados, en razón a la intervención de una entidad del Estado, sus derechos y garantías inherentes a la naturaleza del ser humano. RUIZ (2007: 3), “con respecto a la mala práctica médica, esta se podría definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticiparlo, representable y objetivamente previsible”.

Precisamente, para el caso que se expuso, estas anotaciones sobre las que se construye la culpa, tienen una importante incidencia en la salud del paciente, por lo que la responsabilidad médica está más que observada. Así, en el debate procesal que en virtud de ese error médico se suscita, tiene como piedra angular y punto de partida la presunción de falla en el servicio clínico a la que ostensiblemente tiene que someterse la institución hospitalaria como representante del Estado.

Con sentencias como la del 30 de Abril de 2014. Expediente 28214, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B, el Consejo de Estado da pie a la entrada de nuevos tipos de responsabilidad aplicables al Estado en lo concerniente a la prestación de servicios de salud, temas como el Alea Terapéutica, los tipos de riesgos, y la teoría de daño antijurídico, brindan un viraje de ámbito subjetivo a una responsabilidad adjetiva por la prestación de dichos servicios. Académicos como el profesor, tratadista y exmagistrado de la corte suprema de justicia Tamayo Jaramillo, dejan su voz en contra de esta tendencia por considerar que abren una puerta a la generación de responsabilidad

y consiguientes indemnizaciones por parte del Estado, soporta su posición es que se están aplicando teorías extranjeras sin un estudio de la realidad que se maneja en nuestro país y con un fundamento axiológico deficiente.

CONCLUSIONES

En adelante del proceso de elaboración académica e investigativa que se llevó a cabo dentro del presente documento, es conveniente implementar algunas reflexiones que a modo de conclusiones permitan enriquecer la discusión en derredor de uno de los temas más delicados por los que atraviesa la realidad colombiana, la salud y su correspondiente prestación efectiva. De hecho, la presente articulación temática se fundamenta en la teoría de la falla en el servicio, tesis acogida por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar hay que decir que para predicar la falla en el servicio debe constatarse la existencia de los tres elementos que conforman la responsabilidad extracontractual, es decir, la actuación u omisión imputable al Estado, el daño antijurídico y el nexo causal. Sin embargo, también debe comprobarse la ocurrencia de un malestar en la salud del paciente, ya sea físico, moral o mental. En tal sentido, las complejidades de la falla residen en el campo probatorio al que se someten las partes, diciendo que si quien debe probar es el paciente entonces se habla de falla probada del servicio, pero si es la entidad oficial, es una falla presunta.

En segundo lugar, no puede predicarse la ocurrencia de un daño sin que haya tenido como fundamento una actuación bajo los presupuestos de la culpa, es decir, que haya sido por negligencia, imprudencia o impericia del o de los profesionales de la salud que representan el centro médico del Estado. Empero, donde queda la responsabilidad por los otros actores del sistema cuando hablamos del régimen contributivo, el Estado por mandato constitucional es el responsable de la seguridad social, articulador, garante y fiscalizador del sistema. Así, se convierte la falla en el servicio en el termómetro de las actividades del aparato estatal en los temas de prestación del servicio de salud, recalcando el carácter fundamental de este derecho-servicio.

No obstante, la falla del servicio como teoría utilizada por el Consejo de Estado ha servido para contrarrestar los efectos altamente nocivos que genera una actuación administrativa contraria al orden social y jurídico; pero cabe afirmar que al Estado le cabe una responsabilidad absoluta a la hora de evaluar resultados, ya que como organismo de poder y soberanía no tiene por qué actuar de forma tal que lesione los intereses de los particulares, máxime cuando en Colombia la salud, si bien es un derecho fundamental, no está siendo llevada y mirada como ello. Al respecto, se observa que los modelos económicos han permeado las esferas de esta área y ella ha sucumbido ante la embestida de las políticas del neoliberalismo y el capitalismo en su máxima expresión.

Por ende, los centros médicos donde el Estado ejerce su soberanía plenamente, es decir, los hospitales públicos, son vistos como instituciones donde sólo llegan aquellas personas de escasos recursos y su infraestructura es limitada, pero es necesario advertir que cuando se habla de público se hace referencia a lo que es de todos y no solamente de los pobres. Así, el Estado debe regular de forma equilibrada las cargas entre unos y otros, pero siempre garantizando la efectividad en la prestación de los servicios de salud.

De otro lado, al no concretar esa meta se genera una imposición para la organización estatal y es allí donde aparece la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios de salud para con sus asociados y pese a lo que refieran algunos tratadistas la falla en el servicio genera aunque sea en su forma de falla presunta un puerta angosta a la hora de probar la responsabilidad, máxime cuando estudiamos el SGSSS en cual intervienen un sin número de actores y actuaciones con límites poco definidos en la práctica, a la par de llevar dos regímenes de salud, en principio, pues en este encontramos los regímenes de excepción, con características particulares en la prestación.

Por último, hay que decir que la realidad del país exige una nueva forma de estructurar el sistema de salud, por ello, acorde con la característica evolutiva del Derecho y observando la calidad de esencial en dicho tema, las instituciones médicas del Estado

tienen que asumir una posición que demuestre el interés por configurar el bienestar de los asociados y no que han sido transformadas sólo para buscar el peso monetario. Estos centros hospitalarios, por demás oficiales, no deben olvidar que su única tarea es desarrollar aspectos que deriven en una labor que satisfaga las necesidades que en salud tienen los colombianos como tema prioritario y los privados, que son regulados y prestan servicios dentro del SGSSS no olvidar el principio de fundamental de este.

Consecuencialmente a ese cambio, debe entenderse que los profesionales de la salud tienen el deber constitucional y legal de buscar todos los medios idóneos para poder brindar un mejor servicio médico a los particulares, claro bajo la idea que los resultados no siempre serán los esperados, pero sí que se hizo todo lo posible para dar con una buena gestión al respecto.

La legislación está en deuda con el sistema, ya que este requiere una reforma de fondo y una determinación clara de las responsabilidades en el sistema, en el cual la jurisdicción aplicable, al igual que los mecanismos determinantes de responsabilidad sean claros para las partes, pues de encontrarse que en estos momentos la responsabilidad médica, por el acto médico, es confundida con la del Estado, los prestadores de servicios, IPS, las entidades promotoras, EPS, Entes territoriales, lo que ha generado que sea aún más complejo para el paciente llegar a ser indemnizado en los casos en que estos fallan en la prestación de los servicios.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1981). De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal. Santiago de Chile – Chile.

CUETO PÉREZ, Miriam. (2006). Temas Actuales de Derecho Administrativo. Obra Colectiva. Normas legales SAC. Trujillo - Perú.

GIL BOTERO, Enrique. (2003). Responsabilidad del Estado Colombiano por los daños ocasionados por Actos Terroristas. Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Vol. 15, P. 7.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. (1991). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Evolución Jurisprudencial (1864-1990). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. (2007). Responsabilidad Extracontractual del Estado: Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, D.C.

IRISARRI BOADA, catalina (2000). El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana. En: www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf. Última visita: Febrero 2 de 2012.

MARTÍNEZ RAVE, Gilbert. (1988). La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Cuarta Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín - Colombia

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. (2005). Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Artículo “El Derecho Administrativo y la Responsabilidad Patrimonial

del Estado Colombiano. Centro Editorial Universidad del Rosario, Centro Editorial. Bogotá, D.C.

NAVIA ARROYO, Felipe. (2000). La Responsabilidad Extracontractual del Estado a la Luz del Artículo 90 de la Constitución Política. Ponencia para el Seminario Internacional “Semana del Derecho Constitucional Comparado”. Revista de Derecho Privado. No. 6. Julio - Diciembre.

PAREJO ALFONSO, Luciano. (2008). La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Editorial Tiran Lo Blanch. Valencia – España.

PENAGOS, Gustavo. (2007). Derecho Administrativo. Nuevas Tendencias. Tomo II. Parte Especial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, D.C.

RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio. (2008). Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Editorial Librería Jurídica Sánchez Ltda. Medellín – Colombia.

RODRÍGUEZ Libardo. (2008). Derecho Administrativo: General y colombiano. Decimo Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá, D.C.

RUÍZ, Wilson. La Responsabilidad Médica en Colombia. (2007). Pontificia Universidad Javeriana. Cali – Colombia.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. (2003). La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, D.C.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. (2007). La Garantía Patrimonial. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Editorial Tecnos. Madrid – España.

TAMALLO JARAMILLO, Javier. (1997). La Responsabilidad del Estado: El Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. El Daño Antijurídico. Editorial Temis. Bogotá, D.C.

VIDAL PERDOMO, Jaime y Otros. (2005). Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Centro Editorial Universidad del Rosario, Centro Editorial. Bogotá, D.C.

LEYES

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C. – Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C. – Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 678 de 2001. Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2010). Constitución Política de Colombia. Anotada. Editorial LEYER. Bogotá D.C. – Colombia.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de Octubre de 1991, Expediente 6515.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Junio de 1992, Expediente 6897, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de Febrero de 1993, Expediente No. 7742, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Marzo de 2004, Expediente 13318, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1° de Marzo de 2006, Expediente 13764, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de Mayo de 2006, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente 14400.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de Agosto de 2006, Radicado No. 14838, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Octubre de 2007, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 15528

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de Julio de 2008. Expediente 16775, Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B, Sentencia del 30 de Abril de 2014. Expediente 28214, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Artículos

REVISTA AMBITO JURIDICO, Diciembre 12 de 2013.

http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti13121304responsabilidad_or_infecciones_intrahospitalarias/noti13121304responsabilidad_por_infecciones_intrahospitalarias.asp

**RESUMEN ANALÍTICO EDUCATIVO
RAE**

CONSECUTIVO: _____

TÍTULO

La Falla en el Servicio Médico y la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

AUTOR (ES)

Alfredo Ramírez Garcés
Nury Jazmín Gutiérrez Vega

NOMBRE DEL TUTOR

Dr. José Ignacio Gutiérrez

PALABRAS CLAVES

Salud, Estado Social de Derecho, Responsabilidad, Daño Antijurídico, Falla del Servicio, Responsabilidad Extracontractual, Responsabilidad Médica, etc.

RESUMEN

El documento trata el tema de la salud en Colombia como una materia que se encuentra bajo requerimientos moratorios respecto de la efectiva prestación de los servicios de salud; este derecho fundamental, según la Corte Constitucional, no ha sido plenamente materializado y es allí donde se genera la responsabilidad del Estado al momento de entrar a analizar su papel en el cumplimiento o no de las metas estatales, especialmente la no positiva prestación de dichos servicios; considerado esto, la responsabilidad que se le endilga al Estado deviene de la falla en el servicio, teoría que el Consejo de Estado ha desarrollado y que deja ver el alto grado de ineficacia acerca del derecho a la salud y su concreción.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN, 10

INTRODUCCIÓN, 11

ANTECEDENTES, 15

Evolución Histórica de la Responsabilidad del Estado, 15
Origen de la Responsabilidad Estatal en el caso colombiano, 17

ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL
ESTADO, 19

Concepto de Responsabilidad, 19
 Elementos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, 21
 Línea Jurisprudencial sobre la Responsabilidad del Estado, 23

TIPOS DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL ESTADO EN LOS CASOS DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD, 28

Responsabilidad Contractual, 29
 Responsabilidad Extracontractual, 30

LA FALLA EN EL SERVICIO COMO TEORÍA APLICADA POR EL CONSEJO DE ESTADO EN LA RESPONSABILIDAD DE ESTADO EN SALUD, 32

Régimen Subjetivo: Falla en el Servicio, 33
 Falla Presunta del Servicio, 35
 Falla Probada del Servicio, 38
 Carga Dinámica de la Prueba, 39

DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO BAJO LOS PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA FALLA EN EL SERVICIO APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN SALUD, 40

Establecimiento Constitucional de la Responsabilidad Directa del Estado Bajo los Presupuestos de la Falla del Servicio, 40

La Responsabilidad Médica en Colombia, 43

CONCLUSIONES, 46

BIBLIOGRAFÍA, 47

METODOLOGÍA

La metodología utilizada es un estudio descriptivo, analítico, investigativo y revisión documental con referencia en textos de literatura jurídica y la jurisprudencia.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1981). De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal. Santiago de Chile – Chile.

CUETO PÉREZ, Miriam. (2006). Temas Actuales de Derecho Administrativo. Obra

Colectiva. Normas legales SAC. Trujillo - Perú.

GIL BOTERO, Enrique. (2003). Responsabilidad del Estado Colombiano por los daños ocasionados por Actos Terroristas. Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Vol. 15, P. 7.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. (1991). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Evolución Jurisprudencial (1864-1990). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. (2007). Responsabilidad Extracontractual del Estado: Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, D.C.

IRISARRI BOADA, catalina (2000). El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana. En: www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf. Última visita: Febrero 2 de 2012.

MARTÍNEZ RAVE, Gilbert. (1988). La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Cuarta Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín - Colombia

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. (2005). Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Artículo “El Derecho Administrativo y la Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano. Centro Editorial Universidad del Rosario, Centro Editorial. Bogotá, D.C.

NAVIA ARROYO, Felipe. (2000). La Responsabilidad Extracontractual del Estado a la Luz del Artículo 90 de la Constitución Política. Ponencia para el Seminario Internacional “Semana del Derecho Constitucional Comparado”. Revista de Derecho Privado. No. 6. Julio - Diciembre.

PAREJO ALFONSO, Luciano. (2008). La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Editorial Tiran Lo Blanch. Valencia – España.

PENAGOS, Gustavo. (2007). Derecho Administrativo. Nuevas Tendencias. Tomo II. Parte Especial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, D.C.

RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio. (2008). Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Editorial Librería Jurídica Sánchez Ltda. Medellín – Colombia.

RODRÍGUEZ Libardo. (2008). Derecho Administrativo: General y colombiano. Décimo Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá, D.C.

RUIZ, Wilson. La Responsabilidad Médica en Colombia. (2007). Pontificia Universidad Javeriana. Cali – Colombia.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. (2003). La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, D.C.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. (2007). La Garantía Patrimonial. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Editorial Tecnos. Madrid – España.

TAMALLO JARAMILLO, Javier. (1997). La Responsabilidad del Estado: El Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. El Daño Antijurídico. Editorial Temis. Bogotá, D.C.

VIDAL PERDOMO, Jaime y Otros. (2005). Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Centro Editorial Universidad del Rosario, Centro Editorial. Bogotá, D.C.

LEYES

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C. – Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C. – Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 678 de 2001. Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2010). Constitución Política de Colombia. Anotada. Editorial LEYER. Bogotá D.C. – Colombia.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de Octubre de 1991, Expediente 6515.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Junio de 1992, Expediente 6897, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de Febrero de 1993, Expediente No. 7742, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Marzo de 2004, Expediente 13318, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1° de Marzo de 2006, Expediente 13764, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de Mayo de 2006, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente 14400.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de Agosto de 2006, Radicado No. 14838, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Octubre de 2007, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 15528

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de Julio de 2008. Expediente 16775, Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B, Sentencia del 30 de Abril de 2014. Expediente 28214, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

REVISTA AMBITO JURIDICO, Diciembre 12 de 2013.

http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti13121304responsabilidad_or_infecciones_intrahospitalarias/noti13121304responsabilidad_por_infecciones_intrahospitalarias.asp